



XIV Congreso Jurídico de la Abogacía Malagueña

Compliance en el ámbito de las PYMES

Prof. Dr. Alfredo Muñoz García
Departamento de Derecho Mercantil UCM
Of Counsel en Sacristán & Rivas Abogados

FUNCIONES DEL COMPLIANCE

- CULTURA DEL CUMPLIMIENTO (ÉTICO – JURÍDICO). Existencia de Cod. Éticos.
- EVITAR COMISIÓN DE DELITOS (Diligencia de quienes ostentan responsabilidades)
- MEJORAR PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y COMERCIALIZACIÓN/PRODUCCIÓN Y EVITAR ILÍCITOS FRENTE A TERCEROS.
- DELIMITAR RIESGOS, CONTROLAR CONDUCTAS, REPORTAR INFRACCIONES
 - UNE 19601:
 - Planificación, Recursos, Operativa, Evaluación y Mejora).
 - 6 anexos: 5 informativos y 1 normativo(documentación)
 - Es certificable por terceros independientes.
 - ¿Relevancia jurídica?
- PROTEGER SUPERVIVENCIA DE EMPRESAS VIABLES FRENTE A:
 - CONDUCTAS TIPIFICADAS REALIZADAS EN SU BENEFICIO (Penal)
 - CONDUCTAS CONTRA EL PATRIMONIO EMPRESARIAL O EN PERJUICIO DE TERCEROS(Civil)

PYMES Y RESPONSABILIDADES

- LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA. CONSIDERACIONES SOBRE LA DIMENSIÓN DE LA EMPRESA.
- LA RESPONSABILIDAD CIVIL. INEXISTENCIA DE LIMITACIÓN.
 - RESPONSABILIDAD POR HECHOS PROPIOS (IMPUTACIÓN A LA ORGANIZACIÓN DE MEDIOS)
 - RESPONSABILIDAD POR HECHOS AJENOS (ADMINISTRADORES, EMPLEADOS, TERCEROS, ETC.).
- LA RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS.
- LA RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE BLANQUEO DE CAPITALES.

ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL PERSONA JURÍDICA

A) DELITOS COMETIDOS POR VÉRTICE SUPERIOR DE ORGANIZACIÓN (CONTROL EN JG O, EN SU CASO, EN EL PROPIO ÓRGANO)

1. DELITOS EN SU NOMBRE O POR CUENTA DE LA PJ
2. DELITOS EN SU BENEFICIO (DIRECTO O INDIRECTO)
3. DELITOS COMETIDOS POR ADMINISTRADORES O REPRESENTANTES LEGALES

B) DELITOS COMETIDOS POR SUJETOS CONTROLADOS POR ÓRGANO ADMINISTRACIÓN

1. DELITOS DERIVADOS EJERCICIO ACTIVIDADES SOCIALES
2. DELITOS EN SU BENEFICIO (DIRECTO O INDIRECTO)
3. SOMETIDOS A ÓRGANO ADMINISTRACIÓN
4. INCUMPLIMIENTO GRAVE DE DEBERES DE SUPERVISIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL

LA STS (S 2ª) 21.06.17 no condena a PJ porque no obtiene beneficio del delito.

EXENCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL PERSONA JURÍDICA.

A) DELITOS COMETIDOS POR VÉRTICE SUPERIOR DE ORGANIZACIÓN (CONTROL EN JG,O EN C.ADMÓN)

1. EXISTEN MODELOS DE ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN DE RIESGOS (VIGILANCIA Y CONTROL PARA PREVENIR DELITOS).
2. SUPERVISIÓN DEL MODELO RECAE SOBRE ÓRGANO PJ CON AUTONOMÍA. EXCEPCIÓN EN PYMES (ES FACTIBLE QUE EL ÓRGANO SEAN ADMINISTRADORES).
3. AUTORES HAN ELUDIDO “FRAUDULENTAMENTE” EL MODELO DE PREVENCIÓN

STS (S 2ª) 29.02.16, afirma que en las condenadas existía una ausencia de cultura de cumplimiento y respeto por el Derecho. También STS (S 2ª) 03.11.16.

STS (S 2ª) 19.07.17 condena a PJ ante la ausencia de un modelo de control y de prevención de delitos, existiendo beneficio para entidad.

B) DELITOS COMETIDOS POR SUJETOS CONTROLADOS POR ÓRGANO ADMINISTRACIÓN

1. EXISTEN MODELOS DE ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN DE RIESGOS (VIGILANCIA Y CONTROL PARA PREVENIR DELITOS).

EXENCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL PERSONA JURÍDICA. CARACTERIZACIÓN DE MODELOS DE GESTIÓN Y PREVENCIÓN DE RIESGOS

- IDENTIFICAR ACTIVIDADES (aquellas con riesgos penales). También permite evitar otros riesgos. Determinar riesgos aceptables (o no) y actuaciones a desarrollar.
- ESTABLECER PROTOCOLOS SOBRE PROCESOS DE FORMACIÓN DE VOLUNTAD PJ. Control de actividades y de ejecución de los acuerdos adoptados.
- MODELOS DE GESTIÓN DE LOS RECURSOS FINANCIEROS PARA IMPEDIR COMISIÓN DE DELITOS. Suficientes para imponer modelo de compliance eficaz.
- IMPOSICIÓN DE OBLIGACIÓN DE INFORMAR DE RIESGOS E INCUMPLIMIENTO A ÓRGANO AUTÓNOMO (protección frente a represalias al denunciante y existencia de canales de denuncia –elemento clave en Circular Fiscalía 1/2016-).
- ESTABLECIMIENTO DE UN SISTEMA DISCIPLINARIO QUE SANCIONE INCUMPLIMIENTOS DEL MODELO
- VERIFICACIÓN PERIÓDICA DEL MODELO Y MODIFICACIÓN ANTE NECESIDAD

PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO E IMPLANTACIÓN EN PYMES

LISTA CERRADA DE DELITOS QUE DELIMITAN APLICACIÓN RESPONSABILIDAD PJ:

- Tráfico ilegal de órganos, trata de seres humanos, contra la intimidad y **allanamiento informático, estafa, alzamiento de bienes e insolvencias punibles, daños informáticos, contra la propiedad intelectual e industrial, contra el mercado y los consumidores, blanqueo de capitales**, financiación ilegal de partidos, **contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social**, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, sobre ordenación del territorio, contra los recursos naturales y el medio ambiente, energía nuclear, riesgo provocado por explosivos, contra salud púb., cohecho, tráfico de influencias, contrabando.
- Delitos contra los derechos de los trabajadores (a. 318) no se remite a 31bis CP

IMPLANTACIÓN MODELOS DE COMPLIANCE EN PYMES -problemas-:

- Escasos recursos para aplicación modelos; especialización deficiente para funciones; coincidencia entre socios y administradores; integración/dilución compliance officer en órgano admón; interés socios/interés sociedad; canales de información bajo control absoluto de órgano de administración, etc.
- Consecuencias jurídicas puede que no tengan gran trascendencia: ¿Cese de actividades?; ¿disolución?. En PYMES, la reputación se relativiza.

OBLIGADOS AL CUMPLIMIENTO. EN ESPECIAL EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN

- MIEMBROS DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN. En especial cuando asumen funciones de compliance officer.
- SOCIOS DE CONTROL. EN ESPECIAL LA SOCIEDAD MATRIZ.
- MIEMBROS DE EQUIPO DIRECTIVO. EL DIRECTOR GENERAL.
- EMPRESAS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE COMPLIANCE O DE GESTIÓN DE CANALES DE DENUNCIA.
- COMPLIANCE OFFICER INTERNO. ¿DIRECTORES GENERALES? ¿APODERADOS?. Tiene funciones de supervisión pero no de decisión, por lo que plantea problemas cuando figura es integrada en órgano admón.
- ASESORES EXTERNOS COMO INSTRUMENTO VIABLE ¿o no? Y AUTÓNOMO. Atención a deberes profesionales, de confidencialidad y deontológicos.

COMPLIANCE OFFICER, GARANTE DE CUMPLIMIENTO Y ASESORES EXTERNOS

COMPLIANCE OFFICER. Funciones –debe tener autonomía-:

- Control del modelo de gestión y prevención de riesgos
- Delimitación del mapa de riesgos y de los mecanismos de información de conductas incumplidoras.
- Supervisión del funcionamiento del modelo y de la verificación periódica.
- Gestión de recursos financieros para impedir comisión delictiva
- Reportar el vértice superior de la organización

GARANTES DE CUMPLIMIENTO. Funciones:

- Permitir autonomía del Compliance Officer.
- Canalizar información y adopción de decisiones.
- Asegurar funcionamiento del modelo.
- Imposición de régimen disciplinario.

ASESORES EXTERNOS. Funciones

- Prestar asesoramiento a Compliance Officer y Garante de Cumplimiento

LÍMITES RESPONSABILIDAD PENAL. PROTECCIÓN FRENTE A RESPONSABILIDAD CIVIL COMO OBJETIVO PRAGMÁTICO EN PYMES.

RESPONSABILIDAD PENAL:

- Multa; disolución; suspensión actividades; clausura locales; prohibición actividades; inhabiliación para obtener ayudas públicas.
- ¿Función de la pena y costes de evitarla?.
- Efectos en la imposición de la pena sobre obligaciones societarias (laborales, fiscales, sociales, etc.). La ¿pena? de la insolvencia: ¿concurso culpable?.

RESPONSABILIDAD CIVIL:

- 120.4.º CP “Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios.”
- RESPONSABILIDAD VICARIA. Asunción de responsabilidad por hecho ajeno.
- RESPONSABILIDAD CIVIL DE ADMINISTRADORES Y, EN CASO DE INSOLVENCIA LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL (O PREVIA POR DÉFICIT).

SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL COMO INSTRUMENTO DE PREVENCIÓN Y COBERTURA DE RIESGOS

STS (S. 2ª) 28.06.18

“una **buena praxis corporativa en la empresa es la de implementar estos programas de cumplimiento normativo** que garanticen que este tipo de hechos no se cometan..... Incluso, **estas actuaciones de ilícitos penales como los aquí cometidos pueden dar lugar la existencia de responsabilidad civil**, que en el caso de que se tratara de hechos ad extra o cometidos frente a terceros, y no frente al patrimonio de la sociedad, haría nacer una responsabilidad civil con cargo a la empresa por la vía del art. 120.4º CP , que podría estar cubierta por las pólizas de seguro de responsabilidad civil que suelen contratarse para cubrir estas eventualidades; pólizas que, al mismo tiempo, podrían exigir la constitución de los programas de cumplimiento normativo para aminorar o reducir el riesgo de la aparición de ese deber de indemnizar la aseguradora como consecuencia del aseguramiento de la responsabilidad civil.”

ART. 73.2 LCS: cláusulas CLAIMS MADE. Exige un riguroso y continuo control de riesgos cubiertos.

STS (S 1ª) 11.09.18 – Reclamaciones en grupos de sociedades.

COMPLIANCE Y PROTECCIÓN DE DATOS. APUNTES.

REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016

- Tratamiento legítimo de los datos
- Transparencia e información a los interesados en el tratamiento de los datos.
- Derechos de los interesados: ARCO + Portabilidad, Olvido y Limitación
- Responsable y encargado del tratamiento de datos
 - Obligaciones
 - La figura del DPO
- Medidas de protección. La notificación de la violación de seguridad.
- Compliance y protección de datos.

BLANQUEO DE CAPITALES. COMPLIANCE Y CONTROL DE RIESGOS

Real Decreto-ley 11/2018, de 31 de agosto,

“Artículo 26 bis. Procedimientos internos de comunicación de potenciales incumplimientos.

1. Los sujetos obligados establecerán procedimientos internos para que sus empleados, directivos o agentes puedan comunicar, incluso anónimamente, información relevante sobre posibles incumplimientos de esta ley, su normativa de desarrollo o las políticas y procedimientos implantados para darles cumplimiento, cometidos en el seno del sujeto obligado.

Estos procedimientos podrán integrarse en los sistemas que hubiera podido establecer el sujeto obligado para la comunicación de informaciones relativas a la comisión de actos o conductas que pudieran resultar contrarios a la restante normativa general o sectorial que les fuere aplicable.”

Estos canales de denuncia pueden corresponderse con los aplicados en un modelo de Compliance, (ya contemplados en el art. 31bis.5 CP) y exigen: un sistema interno; tutela de protección de datos; se pueden integrar en sistemas generales; protección al whistleblower frente a represalias. No sustituyen a los ya previstos en art. 18 Ley 10/2010.

BLANQUEO DE CAPITALES. REFERENCIAS AL ASESOR DE EXTERNO DE SOCIEDADES

- Modificación del art. 2.1.o) que incluye entre los sometidos a la LPBCFT los “secretarios no consejeros” y los de “asesoría externa de una sociedad”.
- DAÚnica: Registro prestadores de servicios a sociedades.
 - PF o PJ, con actividad empresarial o profesional que presten servicios incluidos en art. 2.1.o) deben inscribirse en RM.
 - ¿Qué actividades obligan a la inscripción?.
 - ¿Están incluidos los abogados?. ¿Las entidades que prestan servicios de compliance?. ¿Las entidades certificadoras?.
 - Deben depositar, anualmente, en RM documento con información sobre servicios prestados, volumen facturado, número operaciones, etc. ¿Está información es pública? ¿Puede conocerse por terceros?. ¿Existen límites en base a deberes de confidencialidad o de secreto profesional?.

SERVICIOS EXTERNOS DE ASESORAMIENTO: CANALES DE DENUNCIA, COMPLIANCE, BLANQUEO Y TUTELA DEL INTERÉS PRINCIPAL

POSIBLES SERVICIOS DE ABOGADOS:

- Configuración de modelos de gestión y prevención de riesgos. Aplicación prudente de Norma UNE 19601.
- Asesoramiento en la configuración de un sistema sancionador ante conductas ilícitas y en el correspondiente procedimiento sancionador. Especial atención al Estatuto de los Trabajadores.
- Delimitación de la figura y su integración del compliance officer (asesorarlo).
- Configuración de sistema de canalización de la información y protección de la entidad frente a conflictos de intereses socios/administradores.
- Asesoría en establecimiento de canales de denuncia, protocolos de gestión y mecanismos de salvaguarda cuando afecten a órgano de administración.
 - Confidencialidad y posible externalización (da confianza a denunciante)
- Determinación del interés a proteger y asesoramiento para la tutela del mismo frente a la posible existencia de actuaciones lesivas de órgano de administración.

COMPLIANCE COMO INSTRUMENTO DE AUTOTUTELA DE LA EMPRESA

- Cumplimiento formal y cumplimiento como instrumento de generación de valor y tuitivo de la persona jurídica.
- Protección de la empresa frente a actuaciones lesivas internas y externas. La autodenuncia es un buen factor para exoneraciones (Circular Fiscalía 1/2016).
- Tutela del patrimonio empresarial (y de la reputación de la persona jurídica).
 - Establecimiento de canales de denuncia seguros y sin restricciones del órgano de administración.
 - Delimitación contractual (prestación de servicios) del interés a proteger (puede ser ingenuo). Deber de secreto profesional y confidencialidad del abogado.
 - Asesoramiento permanente en el control de riesgos y en los mecanismos para evitarlos o cubrirlos (información, transparencia y gestión de cobertura)

CONCLUSIONES

1. Es exigible un programa de cumplimiento a las PYMES. Así lo prevé el Código Penal y, en su virtud, la Circular de la Fiscalía 1/2016.
2. Los programas de cumplimiento son costosos si se implantan individualmente con medios internos. Se abaratan si se externalizan a quienes tienen medios que aplican a pluralidad de sujetos. Permite especialización, autonomía y reducción de costes.
3. Tener métodos de compliance adecuados no sólo pueden evitar responsabilidad penal de la persona jurídica (ad extra – STS S.2ª 28.06.18-) sino también actuar sobre la posible responsabilidad civil y, con ello, gestionar de manera más eficiente los riesgos.
4. Además, también permiten obstaculizar (ad intra – STS S.2ª 28.06.18-) la comisión de delitos contra la propia persona jurídica y tutelar sus intereses .